



Roj: **STS 1861/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1861**

Id Cendoj: **28079110012017100281**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/05/2017**

Nº de Recurso: **372/2013**

Nº de Resolución: **285/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 20916/2012,**
STS 1861/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 12 de mayo de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 124/2012 por la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1482/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 56 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña Fabiola Jezzabel Simón Bullido en nombre y representación de Promociones Parla S.A., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Fabiola Jezzabel Simón Bullido en calidad de recurrente y la procuradora doña Inmaculada Ibáñez Cadiniere Fernández en nombre y representación de Banco de Santander S.A., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Fabiola Jezzabel Simón Bullido, en nombre y representación de la mercantil Promociones Parla S.A., interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don Manuel Muñiz Bernuy contra Banco Español de Crédito S.A. (Banesto) y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«En virtud de la cual se declare que el documento presentado por esta parte al no haberse firmado por ambas, el motivo jurídico que contiene es inexistente o subsidiariamente, al existir una falta absoluta de consentimiento debe considerarse nulo de pleno derecho con las consecuencias de que para dicha nulidad acarrea el Código Civil. Todo ello con imposición de costas a la parte demandada».

SEGUNDO .- La procuradora doña Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere Fernández, en nombre y representación de Banco Español de Crédito S.A. (Banesto), y asistido del letrado don Rafael García Merino contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«Con íntegra desestimación de los pedimentos contenidos en la demanda rectora de las presentes actuaciones, se impongan las costas causadas a la actora por su temeridad y mala fe en la proposición de la misma».

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 56 de Madrid, dictó sentencia con fecha 7 de diciembre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:



«Que DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la procuradora doña Fabiola Jezzabel Simón Bullido en nombre y representación de Promociones Parla S.A., frente a Banesto S.A. representada por la procuradora doña Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere, debo absolver y absuelvo a la reseñada demandada de todos los pedimentos efectuados en su contra, y con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la mercantil Promociones Parla S.A., la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 23 de noviembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña Fabiola Jezzabel Simón Bullido en nombre y representación de Promociones Parla S.A. contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado juez de 1.ª instancia n.º 56 de Madrid con fecha 7 de diciembre de 2011, de la que el presente Rollo dimana, debemos confirmarla y la confirmamos, con imposición a la apelante de las costas causadas por este recurso».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recursos de casación e infracción procesal la representación procesal de Promociones Parla S.A., argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal en un único motivo: Artículo 469.1.2.º LEC, vulneración de los principios de congruencia y exhaustividad de las sentencias. El recurso de casación lo argumentó en un único motivo: Artículo 477.1 LEC infracción, en concepto de interpretación errónea y consecuente inaplicación de los artículos 1261, 1265 y 1266 del Código Civil, artículo 79 de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, del Anexo I del Real Decreto 629/1993, del artículo 17 de la Ley del Notariado y jurisprudencia que lo interpreta.

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 26 de octubre de 2016, se acordó la admisión del recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere Fernández, en nombre y representación de Banco Santander S.A., presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de febrero del 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad de un contrato de permuta financiera (swap) por error vicio en el consentimiento prestado. Dicho contrato estuvo vinculado a la suscripción de una escritura de ampliación y novación de un préstamo hipotecario. El contrato de permuta financiera fue anterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.

2. En síntesis, la aquí recurrente, la entidad Promociones Parla S.A., empresa dedicada a la promoción inmobiliaria suscribió, el 20 de abril de 2007, un contrato de permuta financiera de tipos de interés con la entidad financiera Banco Español de Crédito S.A. (más adelante, Banco Santander). El contrato se concertó por un importe nominal de 3.750.000 euros, con fecha de inicio de 30 de abril de 2007 y fecha de vencimiento de 30 de abril de 2012.

La realización de este contrato fue impuesta por la entidad financiera como condición para el otorgamiento de una escritura de ampliación y novación de un préstamo hipotecario por la cantidad de 3.863.149,60 euros. Ambos contratos fueron elevados a escritura pública en la misma fecha, es decir, el 20 de abril de 2007.

3. En este contexto, tras recibir las primeras liquidaciones negativas, la citada empresa ejercitó contra la entidad financiera una demanda con la pretensión principal de la declaración de inexistencia del contrato de permuta financiera, pues alegó la falta de firma del mismo, y con carácter subsidiario la declaración de nulidad sobre la base del error padecido en la prestación del consentimiento por la deficiente información suministrada (artículos 1265 y 1266 del Código Civil).

La entidad financiera se opuso y solicitó su libre absolución.

4. Ambas instancias, de la prueba practicada, consideraron acreditada que la firma ilegible del contrato de permuta financiera correspondía a don Sixto, administrador único de la entidad demandante.

5. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Consideró, en síntesis, que el representante legal de la empresa no actuó con la diligencia exigible acorde a la defensa de sus intereses negociales y que el contenido del contrato resultaba ilustrativo de los riesgos asociados al producto financiero.



6. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la Audiencia desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. En esencia, consideró que el contenido de los contratos suministraba una información suficiente acerca del funcionamiento del producto y de los riesgos asociados al mismo. En este sentido, destacó la cláusula 4.ª del contrato de operaciones financieras y la cláusula 6.ª de la póliza de operaciones de instrumentos financieros, en donde las partes manifestaban su capacidad para evaluar y entender los términos y condiciones del contrato, así como los riesgos asumidos, contemplándose, además, un específico «aviso del riesgo de la operación» respecto del coste financiero superior para el cliente en los casos de bajada de los tipos de interés o de subida del tipo variable de referencia por encima de la barrera aplicable. También señaló que, aunque la demandante debía ser considerada como una pequeña o mediana empresa (Pyme), no por ello resultaba totalmente ajena al sector financiero, pues desde hacía tiempo venía suscribiendo diversos contratos, entre los que cabía destacar el préstamo con garantía hipotecaria y su posterior ampliación. Por lo que el representante legal, con una mera diligencia de lectura de las cláusulas, podía calibrar su alcance o, en su caso, posponer su firma hasta que un técnico le asesorara acerca de su contenido. Y concluyó:

«[...] No basta con decir que se prestó el consentimiento viciado por el error de considerar que lo que se estaba suscribiendo era un seguro de riesgos para obligar a la demandada a acreditar lo contrario, pues desde el momento en que lo que ese presume es que cuando una entidad societaria mercantil suscribe un contrato, sabe lo que suscribe, sabe por qué lo hace, sabe para qué y conoce sus consecuencias, la entidad demandada actúa de buena fe (salvo prueba en contrario), ofrece un producto y la contraparte lo acepta».

7. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que articula en un único motivo, y recurso de casación que también articula en un único motivo.

8. Con carácter previo, conforme a lo solicitado por la parte recurrida, procede que nos pronunciemos acerca de la inadmisibilidad del recurso de infracción procesal por incumplimiento de los criterios esenciales para su formulación.

En el citado motivo único del recurso, al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC, y sin un encabezamiento propiamente dicho del mismo, la recurrente en el desarrollo del motivo denuncia la infracción de la valoración de la prueba, junto con la vulneración de los principios de congruencia, exhaustividad y motivación de las sentencias. Cita como infringidos el artículo 17 de la Ley del Notariado, el artículo 1256 del Código Civil y el artículo 79 bis LMV.

9. El motivo, así formulado, incurre en causa de inadmisión que comporta la desestimación del motivo y, con ello, la del recurso interpuesto. La recurrente incurre en una acumulación y mezcla de infracciones de distinta índole y de carácter heterogéneo, sin precisar o concretar la infracción que realmente denuncia. Lo que impide a la sala dar una respuesta clara e individualizada al respecto (artículos 473.2 y 483.2 LEC).

10. Con relación al recurso de casación, no se aprecian causas de inadmisión absolutas (artículo 485 LEC). El recurrente sí que precisa y concreta la infracción sustantiva denunciada. Por lo que no procede su inadmisión.

SEGUNDO.- *Contrato de permuta financiera anterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID. Obligaciones de información. Error vicio en el consentimiento prestado.*

1. La recurrente al amparo del ordinal 2.º del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo, denuncia la infracción de los artículos 1261, 1265 y 1266 del Código Civil, del artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del anexo I del Real Decreto 629/1993 y del artículo 17 de la Ley del notariado. En su desarrollo, entre otros extremos, argumenta que incurrió en un error esencial y excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento prestado, como consecuencia de la insuficiente información del producto financiero suministrada por la entidad financiera.

2. El motivo debe ser estimado.

Constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis.3 LMV), como en la pre MiFID (el art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele



darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error (por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 559/2015, de 27 de octubre).

3. En el presente caso, debe concluirse que la entidad financiera no cumplió con los deberes de información de los riesgos concretos que podrían derivarse del funcionamiento del producto financiero. Estos deberes no se cumplen con la mera literalidad genérica de los contratos suscritos, ni con la mera firma o suscripción de los mismos.

En este sentido, según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 676/2015, de 30 de noviembre , es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

El incumplimiento del deber de información al cliente sobre los riesgos derivados de la bajada del euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1.ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , «esa ausencia de información permite presumir el error». Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio. No se trata de que el Banco Español de Crédito, pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa; suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

La omisión de este deber no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, este deber que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error. Si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

En todo caso, la experiencia de ser representante de la sociedad, por sí sola, no justifica la inexcusabilidad del error. En este sentido, con relación al artículo 79 bis LMV esta sala, en su sentencia núm. 59512016, de 5 de octubre, ha declarado lo siguiente:

«[...]Hemos declarado que el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente su carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre , 651/2015, de 20 de noviembre y 331/2016, de 19 de mayo , entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera» (sentencia 676/2015, de 30 de noviembre)».

4. Habida cuenta de que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso de casación. Con lo que procede casar y anular la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, estimar el recurso de apelación de la demandante y, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia, con estimación de la demanda interpuesta.

TERCERO.- Costas y depósitos.



1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal comporta que las costas causadas por el mismo se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC .
2. La estimación del recurso de casación comporta que no se haga expresa imposición de las costas causadas por el mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC .
3. La estimación del recurso de casación comporta la estimación del recurso de apelación de la demandante, Promociones Parla S.A., por lo que no cabe hacer expresa imposición de las costas de su apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC .
4. A su vez, la estimación del recurso de apelación de la demandante comporta la estimación de la demanda, por lo que procede imponer las costas de primera instancia a la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC .
5. Asimismo, procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y la pérdida del constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de la entidad Promociones Parla S.A., contra la sentencia dictada, con fecha 23 de noviembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13.ª, en el rollo de apelación núm. 124/2012 . 2. Estimar el recurso de casación interpuesto por dicha entidad contra la citada sentencia, que casamos y anulamos, y asumiendo la instancia estimamos el recurso de apelación de la demandante, Promociones Parla S.A., y, en consecuencia, revocamos la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, núm. 56, de 7 de diciembre de 2011 , dictada en el juicio ordinario núm. 1482/2010, en el sentido de estimar la demanda interpuesta. Por lo que declaramos la nulidad del contrato de permuta financiera suscrito por Promociones Parla S.A. con Banco Español de Crédito S.A., el 20 de abril de 2007, con la restitución recíproca de las prestaciones realizadas y con sus intereses legales desde la fecha de pago. 3. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación. 4. Procede imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente. 5. No procede hacer expresa imposición de costas de la apelación a la parte demandante apelante. 6. Condenamos a la parte demandada a las costas de primera instancia. 7. Procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso que casación, y la pérdida del constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo **Francisco Javier Orduña Moreno**
Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres